

Entscheidungen Jurisprudence

110

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

1.4. Grundrechte / Droits fondamentaux

1.4.1. Persönliche Freiheit / Liberté personnelle

(1) Diskriminierungsverbot. Behinderungsgerechte Prüfungsbedingungen. Art. 7 und 8 Abs. 4 BV, Art. 2 Abs. 5 Behindertengesetz.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2008 (B-7914/2007).

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Zürcher Hochschule für
angewandte Wissenschaften ZHAW,
School of Management and Law, Winterthur



und ANDREAS PETRIK, MA Law,
Wissenschaftlicher Assistent, Zürcher Hochschule
für angewandte Wissenschaften ZHAW,
School of Management and Law, Winterthur



I. Zusammenfassung des Sachverhaltes

Der Beschwerdeführer leidet an einer Cerebralparese, die seine Feinmotorik und seine Konzentrationsfähigkeit einschränkt. Um an einer universitären Hochschule studieren zu können, musste er als Inhaber der Berufsmaturität eine Ergänzungsprüfung ablegen. Bereits bei der Anmeldung beantragte er, unter Einschaltung längerer Pausen sämtliche Prüfungen mündlich ablegen zu dürfen. Die Schweizerische Maturitätskommission lehnte dieses Begehren nach mündlichen Prüfungen mit der Begründung ab, dass so der Prüfungszweck nicht erreicht werden könne. Eine Verlängerung der Zeit für die schriftliche Prüfung wurde indes gewährt. Der Beschwerdeführer machte daraufhin geltend, aufgrund seiner Behinderung sei er darauf angewiesen, zumindest die nicht-sprachlichen Prüfungen mündlich ablegen zu können. Ausserdem seien die Pflichtwörter beim Deutschaufsatz zu reduzieren oder ihm die Möglichkeit zu geben, den Aufsatz an zwei Tagen zu schreiben. Weiter sei er von allfälligen skizzenartigen Zeichnungen zu dispensieren. Die Vorinstanz verfügte am 30. Juli 2007, eine Verlängerung der Prüfungszeit bei den schriftlichen Prüfungen und die Benutzung eines Computers seien zu gewähren. Hingegen wurde den weiteren Begehren ohne jede Begründung nicht stattgegeben. Nachdem der Beschwerdeführer den ersten Teil der Prüfungen (Physik, Geschichte und Geographie) abgelegt hatte, erhob er am 14. September 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Verweis auf den ihm aus der Bundesverfassung und dem Behindertengleichstellungsgesetz zustehenden Anspruch auf behindertengerechte Prüfungsmodalitäten beantragte er u.a., die nicht-sprachlichen Prüfungen mündlich absolvieren zu können sowie eine Reduktion der Anzahl der Pflichtwörter beim Deutschaufsatz. Nachdem der Beschwer-

deführer am 5. September 2007 seine Noten erhalten hatte (Physik: 2.5, Geschichte und Geographie: 4.0), erhob er am 8. Oktober 2007 auch gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangte, die Noten seien angemessen zu erhöhen, da die Umstände der Prüfung seiner Behinderung nicht angepasst gewesen seien. Der Beschwerdeführer wurde u.a. während 90 Minuten alleine in einem Prüfungsraum gelassen und konnte keine Hilfe für den Gang zur Toilette anfordern, da sein Handy verrutscht war.

Das Bundesverwaltungsgericht vereinigte die beiden Beschwerden vom 14. September und 8. Oktober 2007 und ersuchte die Vorinstanz um eine eingehende Darstellung des Prüfungsablaufs in den Fächern Physik, Geschichte und Geographie. Die Vorinstanz verwies u.a. auf die längere Prüfungszeit, die dem Beschwerdeführer gewährt worden sei und auf das Zurverfügungstellen eines sogenannten Notetakers (einer Person, die die physikalischen Formeln entsprechend den Ausführungen des Kandidaten zu Papier bringt). In seiner Replik machte der Beschwerdeführer geltend, er hätte, wie dies beispielsweise an der Universität Zürich üblich sei, vor der Prüfung Gelegenheit erhalten müssen, diese Prüfungsform einzuüben.

Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde weitgehend ein, hob die Verfügungen vom 30. Juli und 5. September 2007 auf und wies die Sache an die Vorinstanz zurück mit der Weisung, den Beschwerdeführer die Prüfungen kostenlos wiederholen zu lassen. Vor der Wiederholung der Prüfung habe die Vorinstanz unter Beachtung der Begründungspflicht erneut über die vom Beschwerdeführer beantragten behinderungsgerechten Prüfungsanpassungen zu befinden.

II. Zusammenfassung der Erwägungen

Betreffend der Kognition bei Beschwerdeverfahren in Fachprüfungen verweist das Bundesverwaltungsgericht zunächst auf die gefestigten Grundsätze, wonach Entscheide der Bundesverwaltungsbehörden zwar uneingeschränkt überprüft werden können (Art. 49 VwVG), angesichts der Nähe zum Sachverhalt und des Fachwissens der Verwaltungsbehörden aber nicht ohne Not von den Beurteilungen der erstinstanzlichen Behörden abgewichen werde. Diese Praxis beziehe sich nur auf die materielle Bewertung der Prüfungsleistungen, nicht aber auf die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften oder Verfahrensmängeln im Prüfungsablauf (Erw. 2).

Der Beschwerdeführer machte einen Anspruch auf behinderungsgerechte Prüfungsbedingungen geltend. Zu prüfen waren die Grundlagen, der Umfang und die Form des vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruchs auf behinderungsgerechte Prüfungsbedingungen. Das Bundesverwaltungsgericht prüfte vorerst einen Anspruch aus Art. 8 Abs. 2 BV. Es verwies auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 129 I 392 Erw. 3.2.2; 126 II 377 Erw. 6a; 126 V 70 Erw. 4c/cc), wonach das allgemeine Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV nur als Herabwürdigungs-, nicht

aber als generelles Benachteiligungsverbot zu verstehen sei. Dennoch seien Förderungsmassnahmen zu Gunsten besonders benachteiligter Gruppen verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern unter Umständen sogar geboten (Erw. 4.1). Ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot enthält das gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BV erlassene Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG). Das Bundesverwaltungsgericht verweist auf Art. 2 Abs. 5 lit. a und b BehiG, wonach eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung vorliegt, wenn «die Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel oder der Beizug notwendiger persönlicher Assistenz erschwert werden» oder «die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebots sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind». Im BehiG sei somit ein positiver Nachteilsausgleich ausdrücklich vorgesehen (Erw. 4.2). Weiter erwähnt das Bundesverwaltungsgericht das Berufsbildungsgesetz (SR 412.10) und die Berufsbildungsverordnung (SR 412.101), die in Art. 35 Abs. 3 konkrete Nachteilsausgleichsmöglichkeiten vorsieht, namentlich die Verlängerung der Prüfungszeit und die Bereitstellung von Hilfsmitteln. Bezüglich der Grenzen des Nachteilsausgleichs verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach behinderungsbedingte Nachteilsausgleichsmassnahmen nicht die fachlichen Anforderungen als solche betreffen dürften (BGE 122 I 130, keine Senkung der Fähigkeitsanforderungen bei der Zulassung zum Rechtsanwaltsberuf; Urteil 2P.140/2002 vom 18. Oktober 2002, Aufnahmeprüfung an die Mittelschule).

Den Antrag auf Ablegung der Prüfungen ausschliesslich in mündlicher Form lehnte die Vorinstanz mit der Begründung ab, dass der Prüfungszweck so nicht erreicht werden könne, bzw. dass die Maturitätsprüfungsverordnung die Form der Prüfungen in abschliessender Form festlege. Diesem Argument folgte das Bundesverwaltungsgericht nicht. Art. 27 Maturitätsprüfungsverordnung (SR 413.12) halte ausdrücklich fest, dass für behinderte Kandidaten Abweichungen von den Prüfungsbestimmungen vorgesehen werden könnten. Die Begründung, dass mit der beantragten Prüfungsform der Prüfungszweck nicht erreicht werden könne, bezeichnete das Bundesverwaltungsgericht vielmehr als nicht nachvollziehbar. Damit sei die Begründungspflicht, wie sie Art. 29 Abs. 2 BV garantiert, verletzt. Die Vorinstanz hätte darlegen müssen, weshalb und inwiefern der Prüfungszweck bei Ablegung der Prüfung in mündlicher Form nicht erreicht werde. Bezüglich der weiteren Anliegen des Kandidaten hätte sich die Vorinstanz mit den eingereichten ärztlichen Zeugnissen sowie mit der Frage der Verhältnismässigkeit auseinandersetzen müssen und sich nicht mit der Bemerkung «Weitergehende Anpassungen werden nicht vorgenommen» begnügen dürfen.

Im Prüfungsfach Geschichte und Geographie gewährte die Vorinstanz eine Verlängerung der Prüfungszeit. Dennoch stellte das Bundesverwaltungsgericht einen rechtserheblichen Verfahrensmangel fest, der zur Aufhebung des Ergebnisses führt. Da der Kandidat sich in den letzten 90 Minuten der Prüfung alleine im Prüfungsraum befunden hat und er

nicht wie vereinbart mit dem Handy das Prüfungssekretariat kontaktieren konnte, als er auf die Toilette musste, war er gezwungen, in die Hose zu urinieren. Diese Tatsache stelle eine klare Verletzung des in Art. 7 BV statuierten Gebotes zur Achtung der Würde des Menschen dar. Bereits ab dem Zeitpunkt, als er versuchte, das verrutschte Handy zu erreichen, sei die Leistungsfähigkeit stark beeinträchtigt oder sogar aufgehoben gewesen. Die vom Kandidaten unter diesen Umständen erbrachte Leistung würde keinen Aufschluss über seine tatsächlichen Fähigkeiten geben. Der Prüfungsablauf verstosse zudem gegen das in Art. 2 Abs. 5 Bst. a und b BehiG statuierte Benachteiligungsverbot.

III. Bemerkungen

1. Anforderungen und Bedeutung des Nachteilsausgleichs

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit dem vorliegenden Entscheid klargestellt, dass der im BehiG für Menschen mit Behinderung vorgesehene *Rechtsanspruch* auf Nachteilsausgleich von den Bildungsinstitutionen individuelle Abweichungen vom «normalen» Prüfungsablauf verlangt. Behinderte Kandidaten/innen sollen durch entsprechende Prüfungsanpassungen die gleichen Chancen haben, die Prüfung zu bestehen, wie wenn die Behinderung nicht vorhanden wäre. (Das Bundesverwaltungsgericht bezieht sich hier auf WERNER SCHNYDER, Rechtsfragen der beruflichen Weiterbildung in der Schweiz, Zürich 1999, Rz 178 ff.).

Über das Ausmass und die konkrete Ausgestaltung der Abweichung kann dabei nicht schematisch entschieden werden. Es ist vielmehr ein individualisiertes Vorgehen erforderlich. Sinnvollerweise beginnt ein solches mit einem Vorgespräch mit den betreffenden Prüfungskandidaten/innen. Angesichts der grossen Bedeutung von Prüfungsergebnissen für den Einstieg in die Arbeitswelt oder die berufliche Laufbahn muss die zuständige Bildungsinstitution das ihr zustehende Ermessen besonders sorgfältig ausüben (Erw. 5). Insbesondere kann eine mündliche statt schriftliche Prüfung nicht ohne rechtsgenügende Begründung verweigert werden (Erw. 5.2.2).

Als *Schranke* des Nachteilsausgleichs verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die fachlichen Anforderungen, die als solche von Massnahmen des Nachteilsausgleichs nicht betroffen sein dürfen. Diese Maxime wird auch im Bundesgerichtsentscheid vom 18. Oktober 2002 vertreten: «Viele Berufe erfordern besondere Eigenschaften und Fähigkeiten. Der blosse Umstand, dass einzelne Personen ohne eigenes Verschulden diese Fähigkeiten nicht besitzen, kann nicht dazu führen, dass die Anforderungen reduziert werden müssen» (2P.140/2002, Erw. 7.5). Es darf keine Bevorzugung behinderter Kandidaten/innen entstehen. Zusätzlich begrenzt Art. 11 BehiG den Anspruch auf Nachteilsausgleich, indem er bestimmt, dass der wirtschaftliche Aufwand für die Beseitigung der Benachteiligung nicht in einem Missverhältnis zum für Behinderte zu erwartenden Nutzen stehen darf. Bildungsinstitutionen können sich jedoch nicht auf diese

Bestimmung berufen, um behinderten Kandidaten/innen kostenintensive Massnahmen wie das Zurverfügungstellen einer Assistenz oder die Vornahme baulicher Anpassungen im Prüfungsraum grundsätzlich zu verweigern. Zulässig ist indes die Wahl wirtschaftlicher günstigerer Massnahmen, sofern damit das Ziel des Nachteilsausgleichs auch erreicht werden kann.

Die vorliegende Entscheidung betrifft die nachteilsfreie Prüfungsgestaltung. Bildungsinstitutionen werden vermehrt auch mit Anliegen behinderter Studierender nach angepassten Eingangshürden oder Erleichterungen im Rahmen der Ausbildung konfrontiert. Nach Art. 2 Abs. 5 lit. b BehiG liegt eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung zwar nur vor, wenn «die Dauer und Ausgestaltung des Bildungsangebotes sowie Prüfungen den spezifischen Bedürfnissen Behinderter nicht angepasst sind». Zu den im BehiG erwähnten Prüfungen gehören auch Eintrittsprüfungen. (Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 5 lit. b BehiG). Darüber hinaus ist der Zugang zu den Bildungsangeboten jedoch nicht ausdrücklich im BehiG erfasst. Indes lässt sich, wie eingangs aufgezeigt wurde, eine Verpflichtung zum Nachteilsausgleich bereits aus der Verfassung ableiten. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts lassen sich deshalb zumindest zum Teil auch auf Eintrittsprüfungen und generell auf den Zugang zu und die Durchführung von Aus- und Weiterbildungen übertragen.

Der Zugang zu Bildungsangeboten setzt bestimmte Eingangskompetenzen voraus. Mit der Festsetzung solcher Anforderungen soll sichergestellt werden, dass im Verlaufe des Studiums die für den Berufs- bzw. Studienabschluss notwendigen Ausgangs- oder Abschlusskompetenzen erreicht werden. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und des vorliegenden Bundesverwaltungsgerichtsentscheids zum erforderlichen Nachteilsausgleich bei Abschlussprüfungen kann davon ausgegangen werden, dass von definierten Minimalanforderungen an den Zugang zu einer bestimmten Ausbildung keine Erleichterungen im Sinne einer Senkung der Eintrittshürden vorgenommen werden müssen. Das Gebot zum Nachteilsausgleich verpflichtet indes öffentliche Bildungsinstitutionen, Eingangskompetenzen dahingehend zu überprüfen, ob behinderungsgerechte Alternativen möglich sind. Gleiches gilt für Anforderungen während einer Ausbildung. Nicht zulässig ist mit Blick auf das vorliegende Verwaltungsgerichtsurteil, einschlägige Anfragen behinderter Studierender mit pauschalen Verweisen auf Prüfungs- und Ausbildungsreglemente und ohne weitere Begründung abzulehnen.

2. (Keine) Koordination mit Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht

Bildungsinstitutionen werden durch das BehiG, das Berufsbildungsgesetz und weitere öffentlichrechtliche Normen verpflichtet, behinderungsbedingte Nachteile in der Ausbildung und bei Prüfungen von Auszubildenden und Studierenden auszugleichen. Mit diesen Regelungen werden die Eingliederungsmassnahmen der Sozialversicherung – Massnahmen der beruflichen Eingliederung in der Invalidenversicherung

(Aufzählung der beruflichen Eingliederungsmassnahmen in Art. 15–18b IVG; augenfällig ist insbesondere der Zusammenhang mit der erstmaligen Berufsausbildung gemäss Art. 16 IVG) und arbeitsmarktliche Massnahmen in der Arbeitslosenversicherung (gemäss Art. 5 Abs. 1 AVIV arbeiten die Organe der IV und der ALV bei der Abklärung der Vermittlungsfähigkeit von behinderten Personen zusammen; Art. 15 Abs. 3 AVIV erklärt behinderte Personen, die sich bei der IV angemeldet haben, aber noch keinen Entscheid erhalten haben, als vermittlungsfähig, sofern die Vermittlungsfähigkeit nicht offensichtlich ist) – sinnvoll ergänzt (Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000 [Botschaft BehiG], BBl 2001, 1800.).

Mit einem erfolgreichen Bildungsabschluss ist eine wichtige Voraussetzung zur Integration behinderter Menschen in die Arbeitswelt erfüllt. Die nächste Hürde stellt sich oft als ungemein grösser heraus: In der Arbeitswelt wird in der Regel nicht oder nicht ausreichend auf spezifische Einschränkungen behinderter Arbeitnehmer/innen Rücksicht genommen.

Eine vergleichbare Verpflichtung für Arbeitgebende ist weder im BehiG noch in anderen Normen ausdrücklich vorgesehen. Nach dem Willen des Gesetzgebers wurde der Arbeitsbereich mit Ausnahme der Anstellungen bei Bundesbetrieben gerade nicht vom BehiG erfasst (Botschaft BehiG, BBl 2001, 1791, 1793, insbes. 1829 ff.). Weder sind Arbeitgeber zu nachteilsausgleichenden Massnahmen verpflichtet, noch besteht ein gesetzliches Diskriminierungsverbot aufgrund einer Behinderung. Allenfalls lassen sich in beschränktem Rahmen Verpflichtungen des Arbeitgebers zur Rücksichtnahme auf behinderungsspezifische Bedürfnisse aus Art. 328 OR ableiten (siehe dazu die Studie von KURT PÄRLI/ANNETTE LICHTENAUER/ALEXANDRA CAPLAZI, Literaturanalyse Integration in die Arbeitswelt durch Gleichstellung, Eidg. Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung, Bern 2007, Rz 4.20 und 4.21). Für den Zugang zum Arbeitsmarkt sind allfällige auf Art. 328 OR gestützte Verpflichtungen des Arbeitgebers von vornherein nicht einschlägig. Insbesondere besteht keine Pflicht, angemessene Vorkehrungen zur Herstellung der faktischen Chancengleichheit behinderter Arbeitnehmer/innen zu treffen. Das Gemeinschaftsrecht geht hier einen Schritt weiter. Arbeitgeber sind beim Selektionsentscheid verpflichtet, bei Bewerbungen behinderter Arbeitnehmender verhältnismässige und dem einzelnen Betrieb zumutbare Massnahmen des Nachteilsausgleichs (angemessene Vorkehrungen) zu treffen, um so die faktische Chancengleichheit zu gewähren. (Siehe dazu ausführlich: PÄRLI/LICHTENAUER/CAPLAZI, Rz 3.1 ff, insbes. Rz 3.19–3.27; die Rechtslage ist nach Rl 2000/78/EG anders; die Arbeitgeber sind zu angemessenen Vorkehrungen auch bei der Anstellung verpflichtet).

3. (Keine) Entschädigungspflicht für diskriminierendes Verhalten

In Grossbritannien gewährte ein Gericht einem auf einen Rollstuhl angewiesenen Studenten, eine Entschädigung von

4000 britischen Pfund, weil die Universität es versäumt hatte, dafür zu sorgen, dass er wie alle übrigen Studierenden an der auf einer Bühne stattfindenden Abschlusszeremonie teilnehmen konnte (siehe dazu die Information der Disability Rights-Commission). Der Disability Discrimination Act (DDA) sieht wie das BehiG eine Verpflichtung zum Nachteilsausgleich vor. Nach dem DDA zieht die Missachtung dieser Verpflichtung eine Entschädigungspflicht nach sich (DDA 1995, part 3, section 25).

Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte und vom Bundesverwaltungsgericht anerkannte Benachteiligung wird durch die Möglichkeit zur Wiederholung der Prüfung beseitigt. Weitere Rechtsfolgen, namentlich eine Entschädigung wegen der vom Gericht anerkannten Verletzung der Menschenwürde, waren nicht Gegenstand des Prozesses. Der Ablauf der Prüfung in den Fächern Geschichte und Geographie ist auch als Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV zu werten. Nach dem Bundesgericht besteht eine Diskriminierung in der qualifizierten Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen, indem durch das Anknüpfen an ein Unterscheidungsmerkmal, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht, eine Benachteiligung bewirkt wird, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist (BGE 126 II 377, Erw. 6a; 129 I 392 Erw. 3.2.2; 132 I 176 Erw. 3; 134 I 49 Erw. 3.1; 134 I 56 Erw. 5.1; 134 I 105 Erw. 5; 134 II 249 Erw. 3.1.)

Vorliegend besteht die Diskriminierung darin, dass der Kandidat durch die ihm nicht gewährte behinderungsbedingte Unterstützung die Prüfung unter herabwürdigenden Umständen schreiben musste.

Das BehiG sieht einen Entschädigungsanspruch wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung vor. Dieser ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Zum einen ist er nur möglich gegenüber *Privaten*, die öffentlich Dienstleistungen anbieten (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 6 BehiG), und zum anderen muss es sich um eine qualifizierte Diskriminierung handeln, das heisst eine krass unterschiedliche und benachteiligende Behandlung, die überdies eine Herabwürdigung oder Ausgrenzung als Ziel oder als Folge haben muss (Art. 2 lit. d BehiG). Somit besteht bei einer herabwürdigenden Behandlung durch eine öffentliche Institution kein auf das BehiG gestützter Anspruch auf eine Entschädigung. Wäre der Beschwerdeführer demnach durch eine private Bildungsinstitution diskriminiert worden, so könnte er gestützt auf das BehiG eine Entschädigung geltend machen. Nach der Konzeption des BehiG sind private Bildungsinstitutionen zwar bei diskriminierendem Verhalten entschädigungspflichtig, jedoch müssen sie keine Nachteilsausgleichsmassnahmen im Sinne von Art. 2 Abs. 5 mit Art. 8 Abs. 2 BehiG leisten (siehe dazu die ausdrücklichen Hinweise in der Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, BBl 2001, 1782.). Anders verhält es sich nur, wenn

private Bildungsinstitutionen öffentliche Bildungsaufgaben übernehmen (PATRICK SUTTER/FRANZISKA SPRECHER, Das behinderte Kind im Schul- und Ausbildungsrecht, Zürich 2006, 183.). In diesen Fällen hat die diskriminierte Person einen Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der Benachteiligung. Ein zusätzlicher Entschädigungsanspruch nach Art. 6 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 3 BehiG könnte (nur) dann geltend gemacht werden, wenn die Diskriminierung nicht beseitigt werden kann.

Eine andere Frage ist, ob sich im vorliegenden Fall oder in anderen Fällen diskriminierenden Verhaltens von Behörden ein Anspruch auf eine Entschädigung aus der Grundrechtsverletzung bzw. dem Staatshaftungsrecht herleiten lässt. Vorliegend steht das Verhalten der Schweizerischen Maturitätskommission in Frage. Als Haftungsgrundlage kommt demnach das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes (VG, SR 170.32) in Frage. Im Allgemeinen besteht ein Entschädigungsanspruch der Bürgerin oder des Bürgers dann, wenn eine widerrechtliche, amtliche Tätigkeit in rechtserheblicher Weise einen materiellen oder immateriellen Schaden verursacht (HARRY LANDOLT, Die Grundrechtshaftung, Haftung für grundrechtswidriges Verhalten unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgleichheitsgarantie [Art. 8 BV], in: AJP 2005, 379–412, 384). Art. 6 Abs. 2 VG hält fest, dass bei Verschulden des Beamten Anspruch auf eine Genugtuung hat, wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, sofern die Schwere der Persönlichkeitsverletzung dies rechtfertigt und soweit die Persönlichkeitsverletzung nicht anders wiedergutmacht wird. Keine grösseren Schwierigkeiten bereitet das Tatbestandsmerkmal der Persönlichkeitsverletzung. Die Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes und der Menschenwürde stellen ohne Zweifel eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar. Die gebotene Möglichkeit zur Wiederholung der Prüfung korrigiert zwar den durch das Fehlverhalten der Prüfungsorganisatoren erlittenen Nachteil, macht jedoch die entwürdigenden Umstände der Prüfung nicht ungeschehen. Die entwürdigenden Prüfungsumstände weisen auf eine *schwere* Persönlichkeitsverletzung hin. Der Sachverhalt (soweit er im Urteil wiedergegeben wurde) deutet zudem auch darauf hin, dass die Verantwortlichen der Prüfung die erlittene Herabwürdigung zumindest fahrlässig verursacht haben.

Ob der Gesetzgeber im BehiG bewusst verzichtet hat, neben den Rechtsansprüchen auf Feststellung und Beseitigung von Benachteiligungen auch einen Entschädigungsanspruch bei Diskriminierungen durch öffentliche Institutionen vorzusehen, lässt sich den Materialien nicht eindeutig entnehmen (In der Botschaft zum BehiG wird darauf hingewiesen, dass mit der Statuierung eines Benachteiligungsverbotes der Begriff der Benachteiligung im Sinne von Art. 8 Abs. 4 BV konkretisiert werde. Damit sei der Begriff der Benachteiligung von der Diskriminierung, wie sie in Art. 6 BehiG erwähnt werde, abzugrenzen, BBl 2001, 1777.). Der Entschädigungsanspruch bei Diskriminierungen durch Private stellt nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich einen Ersatz für

den Privaten nicht auferlegten Nachteilsausgleichspflichten dar (Botschaft zum BehiG, BBl 2001, 1780.). Wie eingangs erwähnt, kann in Fällen besonders krasser Diskriminierung eine Entschädigung aufgrund der Staatshaftung geltend gemacht werden. Befriedigend ist diese Rechtslage indes nicht. Zeitgemässe Diskriminierungsschutzgesetzgebung zeichnet sich u.a. durch die Statuierung wirksamer und *verschuldens-unabhängiger* Sanktionen gegen diskriminierendes Verhalten aus (siehe dazu den Bericht der Europäischen Kommission «Remedies and Sanctions in EC Non-discrimination Law», verfasst von CHRISTA TOBLER, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Luxembourg, 2005. Die Bedeutung von Sanktionen wird auch in der Evaluation zum zehnjährigen Bestehen des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann [GlG] hervorgehoben, siehe den Bericht über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006, BBl 2006, 3181). Die UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderung (Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung vom 13. Dezember 2006, der Originaltext findet sich unter: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8adart.htm>, letzter Zugriff 3.12.2008), sieht in Art. 5 vor, dass die Vertragsstaaten jede Diskriminierung zu verbieten haben und Menschen mit Behinderung gleichen und wirksamen Schutz vor Diskriminierung garantieren müssen. Es ist fraglich, ob mit einem an das Verschulden geknüpften Entschädigungsanspruch den Anforderungen dieser Bestimmung genüge getan wird. Allerdings hat die Schweiz die Konvention bis heute nicht unterzeichnet, daher besteht keine staatsvertragliche Verpflichtung. Weitergehende Ansprüche sieht ein Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission vom 7. Juli 2008 vor (Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, [Europäische Kommission 2008/0140, CNS]. Diese Richtlinie soll die bisherigen Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG ergänzen. Die Richtlinie verbietet gleich wie ihre «Vorbilder» sowohl die unmittelbare wie die mittelbare Diskriminierung u.a. aus Gründen einer Behinderung (Richtlinienentwurf, Art. 1). Der Geltungsbereich umfasst etwa den Sozialschutz einschliesslich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, die sozialen Vergünstigungen und die Bildung (Richtlinienentwurf, Art. 3 Abs. 1 lit. a bis c). Weiter sieht die Richtlinie Beweislastleichterungen vor; schon eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung genügt (Richtlinienentwurf, Art. 8). Bezüglich Sanktionen schreibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten vor, dass diese nicht durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze limitiert werden dürfen und wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein müssen (Richtlinienentwurf, Art. 14). Die im BehiG vorgesehenen (für Private) bzw. gerade nicht vorgesehenen Sanktionen gegen Diskriminierungen genügen diesen Anforderungen in keiner Weise. Als Nichtmitglied der EU muss die Schweiz die der-

einst vom Rat erlassene Richtlinie nicht umsetzen. Es steht der Schweiz indes frei, die heute noch lückenhafte Diskriminierungsschutzgesetzgebung zu ergänzen. Die Schweiz kann sich dabei von den europäischen Richtlinien inspirieren lassen, ohne diesen wortgetreu folgen zu müssen (siehe dazu auch die Resultate der Tagung «Schutz vor Diskriminierung: Lernen von Europa?» vom 2. Dezember 2008, <http://www.edi.admin.ch/ebgb/index.html>, letzter Zugriff: 3.12.2008).